

LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DE UNA PANORÁMICA DE LAS TENDENCIAS EUROPEAS, CON ÉNFASIS EN LA LÍNEA DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE DAÑOS

1

Olenka Woolcott Oyague

Introducción

La confrontación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva es abordada en los dos primeros capítulos del presente libro, en ellos se pone de relieve el camino fatigoso por el que la jurisprudencia ha transitado, y continúa haciéndolo, en algunos sistemas jurídicos, al tratar de superar una tendencia de corte tradicional en la aplicación del principio general de responsabilidad por culpa.

Históricamente se reconoce una convivencia entre las reglas de responsabilidad subjetiva y objetiva, no obstante que los supuestos de responsabilidad objetiva para determinadas situaciones de daños fueron los primeros en asomar en la escena de la responsabilidad. En efecto, desde la consagración de la regla subjetiva en el *Code Civil* francés de 1804, los sistemas jurídicos se inclinaron predominantemente a la aplicación indiscutible de la regla de la responsabilidad por culpa, luego tomaron fuerza las corrientes objetivistas de la responsabilidad, las cuales dieron lugar a una nueva fase en la evolución de la responsabilidad

civil, donde no solo se admite la existencia del criterio de imputación subjetivo, sino que junto a él se reconoce la existencia de otros criterios de imputación, más bien de naturaleza objetiva. De allí que el debate doctrinario y la jurisprudencia oscilen entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

La evolución que ha tenido la responsabilidad da cuenta de un carácter de gradualidad con el que se expresa la responsabilidad objetiva. Es decir, que por esta última no se entiende un determinado supuesto de responsabilidad con características pétreas, sino todo lo contrario, pues comprende un abanico de posibilidades en que se puede manifestar la responsabilidad objetiva sin que llegue a ocupar el terreno de la seguridad social. En este orden de ideas, se puede hablar de un supuesto de responsabilidad por riesgo, por el cual, se le admite al demandado exonerarse de responsabilidad con la prueba de la causa extraña. En otros casos, el legislador puede contemplar un supuesto especial de responsabilidad objetiva por riesgo, en el cual se admita la liberación del demandado solo con la prueba del hecho de un tercero, por lo que la extensión y la contundencia de la responsabilidad objetiva dependerá de la decisión del legislador en la determinación del espacio o de las posibilidades que concede al causante del daño para exonerarse de responsabilidad. También puede suceder que el legislador contemple supuestos de responsabilidad objetiva con indemnización tarifada, como es el caso que se observa en el derecho colombiano, de los artículos 1827 y 1835 del Código de Comercio, los cuales prevén también la obligación de un seguro de responsabilidad civil, en el que además se puede apreciar una conjunción de instituciones, la responsabilidad civil y la seguridad social, debido en este último caso, a la exigencia administrativa de dicho seguro obligatorio.

En ese sentido, se puede afirmar que un supuesto de responsabilidad puede ser más o menos objetivo en relación con otro.

Asimismo, se ha considerado que la distinción entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva constituye una diferencia fundamental que se encuentra presente en todos los sistemas jurídicos europeos como un principio estructural del derecho y está sostenida por la dogmática actual de la responsabilidad civil, lo que permite vislumbrar el futuro del derecho de daños en cuanto a que esta división clásica de la responsabilidad se mantendrá en el tiempo.¹

.....
¹ Cfr. Nils Jansen, "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", *Indret*, núm. 02/2003 (2003), www.indret.com.

Sin embargo, existen varios casos en los que, debido a una imposibilidad dogmática de aplicar la responsabilidad por culpa, el agente causante del daño queda liberado de responsabilidad.² Frente a dicha dificultad para la víctima de acceder a una indemnización, se propone, según Von Bar, una extensión de la responsabilidad por riesgo y una delimitación de la responsabilidad por culpa con el fin de “preservar la capacidad funcional de la responsabilidad por culpa”.³

La referida constatación evidencia que una división rígida entre la culpa y la responsabilidad objetiva se contradice por la propia realidad de cómo tienen lugar los hechos dañosos y la necesidad de indemnizar a las víctimas. Desde esta perspectiva, surgen los cuestionamientos a la *summa divisio* en el sentido de que es necesario reconocer, por un lado, que existe una diferencia de grado que se desprende de la propia aplicación de las normas de la responsabilidad, entre lo subjetivo y lo objetivo, lo que constituye parte del tratamiento que se afrontará en los dos primeros capítulos del libro, desde latitudes diferentes, pero vinculadas entre sí por la inquietud de verificar el movimiento de las tendencias de la responsabilidad, y por otro lado, que deben tenerse en consideración para el examen del propio sistema jurídico, las más recientes propuestas que tienden a uniformar el derecho de daños europeo.

Precisamente, el objetivo que se persigue con el tratamiento de la aproximación de los regímenes de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva consiste, en primer lugar, en determinar la existencia de una tendencia en el derecho europeo que revela la mencionada aproximación y así también, sugerir como un indicador actual de dicha tendencia los recientes documentos europeos de armonización del derecho europeo de daños. En segundo lugar, se busca establecer una conexión con las orientaciones que fluyen de algunos sistemas jurídicos latinoamericanos en esa misma línea de aproximación o no de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

.....
2 Un ejemplo de la mencionada situación se da en un caso que ocurrió en Inglaterra en 1951 y que es reportado por Jansen, Bolton vs. Stone, en el que una señora que se encontraba ubicada en la calle delante de su casa se vio alcanzada por una pelota de críquet y sufrió serios daños. Señala Jansen que los jueces ingleses concedieron la indemnización gracias a que hubo un acuerdo entre el juez y los abogados del club de críquet. Esta solución, precisa el autor, no habría sido posible en Alemania, donde el razonamiento se habría ceñido al argumento de que los clubes de fútbol deben asegurarse de que las ventanas de los vecinos no serán alcanzadas por los balones. Como se observa, se trata de una perspectiva basada en la diligencia debida; es decir, en una responsabilidad por culpa sin cuyo fundamento no habría indemnización. Ibid.

3 Ibid., 4.

La identificación de unas corrientes o tendencias permitirá contrastar las características que presentan en el derecho europeo y en el derecho latinoamericano, lo cual tiene relevancia para permitir a los jueces, en el caso de los sistemas latinoamericanos, adoptar posiciones suficientemente argumentadas y acordes a la realidad y, sobre todo, adecuadas a las exigencias indemnizatorias de la víctima de daños, teniendo en cuenta que para los fines de establecer la responsabilidad por actividades riesgosas o utilización de bienes riesgosos, no es común encontrar en los ordenamientos jurídicos una norma que expresa y claramente disponga la aplicación de la responsabilidad objetiva, librándose de esta manera a los jueces de la interpretación de la misma en un sentido más o menos objetivo, donde indiscutiblemente podrá tener especial incidencia el peso de la tradición subjetivista, en unos casos más que en otros, circunstancia que perdura aún en el siglo XXI.

Distinción tradicional entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: Comprensión a partir de sus orígenes y desarrollo

Si bien en el derecho romano se pueden encontrar unos atisbos que remiten a una indemnización por un daño causado, no es dable afirmar que en ese contexto tuviera lugar la responsabilidad civil como la que rige en la actualidad. En efecto, la *lex Aquiliae* del derecho romano es solo un antecedente remoto de la indemnización de daños, en la cual el concepto de pena se encuentra en la base de la Antigua Roma y servía no para indemnizar a la víctima, sino para ofrecerle una adecuada venganza por la conducta injusta de quien causó el daño.⁴ Se trataba de un contexto en el cual las nociones de *antijuridicidad* y *culpa* armonizaban con el concepto romano de *indemnización del daño*, por describir el comportamiento que merecía ser sancionado, sin tener espacio alguna alternativa entre la culpa y un factor objetivo de imputación del daño.

Sin perjuicio del rol que tuvieron los juristas europeos de la Edad Media, quienes prepararon el camino para la responsabilidad civil actual, tendrá que esperarse hasta la consagración de la culpa como criterio de imputación fundamental, inicialmente único, en el Código de Napoleón de 1804 para que tuviera lugar un desarrollo de la institución de la responsabilidad civil y, con ella, el devenir de

.....
4 Ibid.

las discusiones entre los defensores del subjetivismo y las corrientes objetivas de la responsabilidad.

En ese sentido, se puede afirmar que el sistema de imputación de responsabilidad civil privilegia a la culpa como el criterio de imputación, atendiendo a sus orígenes como sistema normativo que se contempla por primera vez en el *Code Civil* de 1804. Bajo el esquema subjetivista tradicional, la culpa se comporta como el principio que ordena todo el sistema de responsabilidad, sin perjuicio de la existencia o convivencia de unos supuestos especiales que no necesariamente la contienen en calidad de fundamento de la imputación.⁵

La consagración de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil se remonta a la labor de los redactores del Código de Napoleón, plasmada en los trabajos preparatorios de ese cuerpo legal. Dichos trabajos parten de la idea de que todo sujeto es garante de su propio hecho y en caso de que se produzca un daño a otro debe resarcirse aún cuando no se haya causado con intención, sino solo con ligereza, imprudencia o negligencia. Igualmente, allí mismo se considera que la responsabilidad por culpa cumple una función de reproche de la conducta dañosa sin exigir la configuración de un ilícito penal, con lo cual se demarca la autonomía de la responsabilidad civil en relación al derecho penal⁶, sobre todo porque este último se rige por el principio de tipicidad que es contrario a la tradicional cláusula francesa de la responsabilidad por culpa. En este sentido, “la regla general es que nadie puede con sus propias acciones causar daño a otro impunemente y solo puede ser exonerado si demuestra haberse encontrado en la imposibilidad de evitarlo”.⁷ En esta línea, la noción de culpa designa las razones por las cuales se puede reprochar al causante del daño el haber cometido un acto contrario a derecho.⁸

De esta manera, los franceses erigieron la responsabilidad por culpa a la categoría de principio general, con lo cual tendría un alcance sumamente amplio de

5 Francesco Busnelli, “Nuove frontiere della responsabilità civile”, (*Jus*, 1976), 62-78.

6 Giovanna Visintini, “La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad”, (En *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1. Buenos Aires: Astrea, 1999).

7 Ibid., 4.

8 Suzanne Carval, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, 2009, www.grerca.univ-rennes1.fr.

aplicación la norma correspondiente del Código Civil francés⁹, no solo respecto al hecho personal sino también con respecto al hecho de otro y al hecho de las cosas, donde el fundamento de imputación de la responsabilidad sea la falta de vigilancia, la negligencia o la impericia.

Esta línea de pensamiento se reflejó en la interpretación y aplicación de la culpa en el derecho de la responsabilidad de inspiración francesa, de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, y así ocurrió en los ordenamientos civiles latinoamericanos, como es el caso del derecho civil peruano o el derecho colombiano de la misma época, para citar unos ejemplos que evidencian su consagración. Sin embargo, si bien se puede encontrar en el Código Civil francés el origen normativo de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad tal como se consagra en los códigos civiles derivados de dicha matriz, cabe reconocer que ha sido la jurisprudencia de cada sistema jurídico la que ha asumido la labor de interpretar la culpa dándole un contenido y a su vez, permitiendo que surjan nuevos criterios de imputación de responsabilidad que se apartan de la noción de culpa en el sentido tradicional de único fundamento de la responsabilidad.

En este sentido, modernamente surgen cuestionamientos frente a la atribución a la culpa de un papel unificador de todo el sistema de responsabilidad y en consecuencia en ningún país de Europa puede predicarse la hegemonía de la culpa como único fundamento para la imputación, aunque conserve cierta autoridad de carácter simbólico, lo cual le asegura, de alguna manera, cierta prevalencia en la enunciación de los casos de responsabilidad.¹⁰ De una parte, dicha pérdida de hegemonía tiene que ver con el hecho de que la evolución de la responsabilidad civil ha permitido identificar nuevos criterios de valoración jurisprudencial que tienen naturaleza objetiva; y, de otra parte, tiene que ver con el hecho de que en la propia aplicación del criterio de imputación de responsabilidad, la jurisprudencia suele recurrir a los argumentos presuntivos, basados en el *id quod preluoque accidit*, a través de los cuales se llega a prescindir del examen de la conducta del

9 En este sentido se pueden ver los artículos 1382 y 1383 del *Code Civil*. El artículo 1382 del CC francés señala: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer"; el artículo 1383 del CC francés prevé: "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

10 Ibid.

imputado por responsabilidad¹¹, desnaturalizando así la calidad de responsabilidad por hecho propio o personal que ha constituido, desde sus orígenes, el escenario de aplicación del criterio subjetivo de imputación.

Pese a lo señalado y a las posiciones contrarias al predominio de la teoría subjetiva de la responsabilidad, se puede apreciar sobre todo en el plano jurisprudencial que la culpa sigue vigente y que ha ampliado su aplicación a la culpa profesional, respecto de la cual ha tenido un frondoso desarrollo, al punto que algunos han calificado dicho fenómeno como la *renaissance* o *verdeur* de la culpa.¹²

Por su parte, las nuevas corrientes doctrinales sobre la responsabilidad sin culpa se abrieron paso especialmente en materia de daños por las cosas custodiadas y en los accidentes laborales e incluso se consideraba hacia fines del siglo XIX que una apreciación rigurosa de la culpa en el sentido del brocardo romano *in lege Aquilia et levissima culpa venit* era acorde a las nuevas tendencias de la responsabilidad.¹³ En efecto, los juristas de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX eran conscientes de la existencia de un imperativo moral por el cual se debe poner el máximo cuidado para evitar la violación del derecho de los demás, lo que constituye “una regla cardinal para la sociedad civil diseñada para la codificación”, y en esta línea de pensamiento, la culpa levisísima constituye una falta más grave que la culpa contractual de cualquier grado, al consistir en la violación de un deber que impide la libertad humana.¹⁴

En ese periodo inicial del siglo XX ya se entendía que la construcción jurisprudencial de los supuestos de responsabilidad objetiva pasaba por una fase del recurso a las presunciones de culpa, a través de lo cual se lograba un mayor rigor en la valoración de la culpa. Y en la medida en que se notaba que las acciones adoptadas para prevenir los accidentes no eran suficientes para su prevención, se llega a entender que era oportuno pasar de la asunción de los deberes de diligencia

11 Massimo Franzoni, “Prevenzione e risarcimento del danno da prodotti industriali”, (*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982), 101-18.

12 Philippe Le Tourneau, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)”, (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, 503-530), 503.

13 Cf. Vittorio Polacco, “Le obbligazioni nel diritto civile italiano” (Roma: Athenaeum, 1898), 468; Gian Pietro Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno* (Milán: Giuffrè, 1903). T.I., 139.

14 Chironi, “*La colpa nel diritto*”, 140.

a la carga de los riesgos que conlleva la actividad desarrollada, lo que configura, en definitiva, un esquema de responsabilidad objetiva.¹⁵

Este desarrollo de los nuevos supuestos de responsabilidad civil tiene lugar sobre todo en la segunda parte del siglo XX, y “no tanto por la intervención del legislador sino por obra de los jueces que han desempeñado un papel muy influyente e innovador en la interpretación e integración de las normas codificadas”.¹⁶

Salvi¹⁷ explica que la nueva perspectiva de la responsabilidad civil se afirma en la tercera década del siglo XX y en Italia como en otros países europeos, hacia mediados de ese siglo. Bajo esta óptica, se considera que la reparación del daño no puede ser vista como la consecuencia de la aplicación de unas reglas con finalidad esencialmente preventiva y represiva de las conductas dañosas que contrastan con los parámetros de tolerancia social, sino que debe ser entendida como el fin principal de la institución, el que halla su límite en el propio hecho del responsable. De esta manera, precisa Salvi¹⁸ que “se cambia el principio liberal: pues se pregunta si existe una buena razón no para que el autor de un daño deba responder, sino para que se niegue el derecho de la víctima al resarcimiento”.

Siguiendo esa línea de pensamiento, era coherente que, para el modelo liberal de la responsabilidad civil, la culpa fuera el principio unificador de la institución, bajo el cual, solo responde aquel a quien se puede atribuir el criterio subjetivo de imputación del daño. En cambio, bajo un enfoque solidario de la institución se centra la mirada en la situación desventajosa en que se halla la víctima del daño y, lógicamente, el derecho debe ampararla a través del resarcimiento del daño, teniendo como premisas la seguridad de los individuos en la sociedad, así como la repartición de los recursos. Desde una perspectiva económica, esta nueva orientación de la responsabilidad se sustenta en la idea de que el costo social de las actividades productivas debe ser incorporado en los costos de producción y no permitir su descanso en la colectividad.¹⁹

.....
15 Visintini, “La culpa como criterio de imputación”.

16 Ibid., 45.

17 Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (Diritto Vigente)”, (En *Enciclopedia del Diritto* XXXIX, 1187 y 1225. Milán: Giuffrè, 1988).

18 Ibid., 1193.

19 Leon Green, “The Duty Problem in Negligence Cases”, (*Columbia Law Review* XXVIII, 1928), 1014-50.

En ese contexto de evolución de los tiempos y cambios sociales y económicos, la jurisprudencia fue ampliando el campo de aplicación de la responsabilidad civil a nuevas hipótesis de daños, lo que representó un terrero fértil para el surgimiento y el desarrollo de los supuestos de responsabilidad objetiva, donde ya no tuviera lugar la preocupación central en la conducta culposa del agente del daño sino otras razones jurídicas para la imputación de la responsabilidad.

En esta línea de evolución de la responsabilidad se abren paso las nuevas tendencias que identifican, en un primer momento, un principio general de responsabilidad objetiva que se articula sobre el riesgo que introducen las actividades económicas y que se opone al principio de la culpa, instaurándose un sistema bipolar de la responsabilidad: culpa y riesgo.²⁰

En cuanto a la justificación de la señalada bipolaridad de la responsabilidad, cabe anotar que la doctrina alemana, inspirada en la tesis de Esser²¹, explica que mientras el derecho de la responsabilidad por culpa sirve solo a la justicia compensatoria, el derecho de la responsabilidad por riesgo afecta a la distribución de los riesgos inevitables de daños, los cuales constituyen aquellos que derivan de la industrialización y el desarrollo de la tecnología. En el primer caso, se tienen en cuenta solamente los intereses en conflicto, mientras en el segundo, se busca la repartición de los beneficios y las cargas en un grupo de casos. Por ello, se afirma que, en este último tipo de justicia, la responsabilidad por riesgo funciona como un seguro colectivo.²²

En efecto, cabe resaltar que los cambios que afronta el instituto de la responsabilidad en su estructura y elementos que la conforman, obedecen al incremento de situaciones de daños resultantes del desarrollo de las actividades económicas. Esta realidad explica el paso de un modelo liberal de la responsabilidad a otro de carácter solidario, en el que se reconocen las dificultades que tienen que afrontar las víctimas de daños, fundamentalmente de índole probatoria, para aspirar al resarcimiento. Así también, se explica la necesidad de nuevas hipótesis

.....
20 Cf. Pietro Trimarchi, "Rischio e responsabilità oggettiva" (Milán: Giuffrè, 1961); Boris Starck, "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile" (París: L. Rodstein, 1947).

21 Jansen, "Estructura de un derecho europeo de daños", 11.

22 Un sector de la doctrina se inclina por considerar errada la diferencia entre la responsabilidad por riesgo y por culpa atendiendo el argumento de que en la responsabilidad por culpa también existe una valoración de tipo distributivo, desde que la responsabilidad civil se limita a los daños causados por negligencia. Ibid.

de responsabilidad, en las cuales, si bien el riesgo se proyecta como el principal factor de atribución de imputación objetiva, no es el único en el terreno de la responsabilidad objetiva para hacer frente al problema resarcitorio de los daños, tal como es el caso, relativamente novedoso pero complejo criterio de imputación de la responsabilidad del productor.²³ De lo cual se puede concluir que la responsabilidad objetiva no alcanza a tener la calidad de principio general de responsabilidad, a diferencia de la culpa, toda vez que está conformada por la sumatoria de criterios de imputación de naturaleza objetiva.

Con estas premisas se considera oportuno afrontar el examen de la bipolaridad de la responsabilidad en los documentos de armonización del derecho europeo de daños para constatar su vigencia y, eventualmente, su novedosa reformulación.

Las reglas de responsabilidad civil en los Principios de Derecho Europeo de Daños (PETL): El paso de unos supuestos especiales de responsabilidad a la propuesta de una cláusula general

La imputación jurídica del daño en los PETL

Los Principios de Derecho Europeo de Daños, conocidos por sus siglas en inglés como los PETL (*Principles of European Tort Law*) no prevén una cláusula general de responsabilidad civil y, en cambio, proponen la teoría subjetiva y la teoría objetiva en una fórmula de paridad, sin atribuir una jerarquía a una u otra.

A continuación, se examina la “imputación jurídica” de los daños a la luz de una propuesta de armonización del derecho europeo de daños, esto es, el documento que contiene los PETL, el cual, puede ser considerado un instrumento valioso para el derecho comparado al contener posiciones que sintetizan una necesidad en el plano europeo para hacer frente a la indemnización de los daños en los tiempos actuales y que traduce algunos lineamientos forjados en la jurisprudencia europea.

23 Woolcott, *La responsabilidad del productor* (Bogotá: Ibañez, 2007).

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) como una síntesis de las reformas observadas en la experiencia europea

Los PETL constituyen una propuesta de armonización del derecho de daños en Europa que comporta una reelaboración del esquema tradicional del instituto de la Responsabilidad Civil, donde se parte de destacar el deber de responder y a su vez aportan una respuesta general a la lesión de los intereses de la persona. En esta línea, se abandona la fórmula tradicional de la división de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, así como la clásica división de la responsabilidad contractual o delictual y se cede el paso a una tendencia del derecho de daños con una disciplina común, tal como se puede observar en el caso del proyecto francés de 2005²⁴ y del proyecto de Código Civil argentino de 2012 que más tarde se convirtiera en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.²⁵ Estos textos legales contienen unas normas comunes para la responsabilidad contractual y extracontractual. Sobre el particular, han considerado los juristas europeos que se confirma una tendencia del derecho europeo de daños a desligarse de la visión tradicional de la responsabilidad civil, pero sin desconocer las diferencias.²⁶ Sabrina Lanni pone en evidencia que el Código Civil rumano de 2011 constituye una “síntesis de la amplia reflexión de que han sido objeto las características y los límites del instituto, también a la luz de las perspectivas europeas y de las nuevas instancias sociales”²⁷ y, en este sentido, dicho cuerpo normativo es un ejemplo que contiene una reelaboración de la responsabilidad civil así como las propuestas europeas de armonización del derecho de daños.

24 En este sentido, es ilustrativa la experiencia francesa que expresa la necesidad de unir las normas principales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual a través de la elaboración de un proyecto de Código Civil que constituye un referente de importancia para el estudio del derecho privado comparado. Se trata del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, conocido como Proyecto Catalá, en el cual se prevén unas normas comunes a los mencionados sistemas de responsabilidad que parten de la premisa del artículo 1340: “*tout fait illicite ou anormal*” (Francesco Busnelli, “L’illecito Civile Nella Stagione Europea Delle Riforme Del Diritto Delle Obbligazioni”, *Rivista Di Diritto Civile*, 2006, 439-58; Michelle Giorgiani, “La Responsabilità Civile E La Rivalutazione Della Figura Generale Dell’obbligazione”, *JUDICIUM*, 2012, 1-30). Más recientemente, se aprecia esta tendencia a la unidad de ambos regímenes de responsabilidad en el Código Civil rumano de 2011, tal como lo destaca Lanni al abordar el estudio de ese nuevo Código Civil. Sabrina Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano”, (*Revista de Derecho Privado*, 25, 2013), 221-36.

25 El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina fue aprobado por Ley 26.994, promulgado el 7 de octubre de 2014 y publicado en la edición del Boletín Oficial N.º 32.985 del 08 de octubre de 2014.

26 Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil”, 225.

27 *Ibid.*, 225.

En esta misma línea se ubica el proyecto de reforma del derecho de obligaciones del Código Civil francés de 2005²⁸ el cual expresa también la necesidad de reformular el instituto de la responsabilidad civil, al disponer unas normas comunes para el campo contractual y extracontractual, sin desconocer las diferencias que existen entre ambos.

Lanni destaca con razón que “la reelaboración de la responsabilidad civil es el reflejo de un acogimiento de lo que ya había emergido en algunas experiencias jurídicas en relación con el instituto en el ámbito de la disciplina del derecho civil especial”²⁹ y para ello cita como ejemplo el tema de la responsabilidad por los daños al consumidor. En efecto, el supuesto de la responsabilidad del productor representa un caso paradigmático de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil. En este específico campo de la responsabilidad, por un lado, se abandona la *summa divisio* en base a la fuente contractual o extracontractual para los fines de dar una respuesta a la necesidad de indemnización que debe afrontar una víctima por daños derivados del consumo de productos defectuosos y, por otro lado, se atribuye a la teoría de la responsabilidad civil un nuevo significado y dimensión.³⁰

El Marco Común de Referencia (DCFR)³¹

En la línea de propuestas innovadoras de la responsabilidad civil, se ubica junto a la propuesta de armonización europea de los PETL la del Marco Común de Referencia (DCFR), ambos documentos parten de unas reglas generales para garantizar el derecho a la reparación y así restablecer a la víctima al momento anterior a la producción del daño.

El Marco Común de Referencia, conocido por sus siglas en inglés como DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), representa un objetivo político de la

28 Francesco Busnelli y Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile* (Turín: Giappichelli, 2013).

29 Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil”, 228.

30 La naturaleza híbrida y compleja del supuesto de la responsabilidad del productor quiere significar que no puede ser circunscrito en la esfera contractual, aunque la circulación de los productos tenga lugar a través del contrato. En efecto, las víctimas de productos defectuosos deben poder accionar directamente contra el fabricante del producto cuyo consumo o uso generó el daño, a pesar de que no tenga un vínculo contractual con este. Woolcott, “La responsabilidad”.

31 La sigla en inglés DCFR constituye la manera usual de citación del documento para significar Marco Común de Referencia.

Unión Europea y, en esa medida, no existe aún. En sentido estricto, como precisa Ricardo De Ángel Yagüez (2014) constituye un “plan de acción” propuesto por la Comisión Europea en dos documentos, de febrero de 2003 y octubre de 2004.³²

El documento europeo DCFR como su título lo indica, configura un borrador del Marco Común de Referencia, resultado de las labores de dos grupos de trabajo integrados por más de un centenar de juristas europeos, con una relevante participación de juristas británicos, circunstancia esta última que ha determinado una conciliación de las culturas jurídicas del *civil law* y del *common law*.

Los grupos de trabajo antes aludidos son el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), cuya finalidad era la de sistematizar y consolidar el derecho privado europeo comunitario. La obra se publicó en el 2009.³³ El subtítulo de la misma, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law y Draft Common Frame of Reference* (DCFR) conlleva la esencia de la obra. En efecto, se aprecia la orientación a la identificación de “reglas generales”, precisamente, lo que se destacaba inicialmente en el presente apartado respecto tanto a los PETL y al DCFR.

El DCFR constituye un documento académico³⁴ que no pretende unificar todo el derecho europeo, sino armonizar el área del derecho de las obligaciones y los contratos, aunque un grupo de juristas europeos se haya inclinado por un “imaginario Código Civil europeo” lo cual, constituye solo una ilusión tal como lo

32 El documento de 2003, COM (2003), 68 final, párrafo 68, tiene por finalidad despertar reflexiones y debate sobre la propuesta, “con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y de la población, incluidas las empresas, las asociaciones de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia”. Por su parte, el documento de 2004 estaba dado por una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulado “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”. Consistía en un programa para ser implementado, que contenía los objetivos, procedimientos y otras funciones del DCFR, con lo que se esperaba su adopción por la Comisión en el año 2009. De esta manera, el anexo I estableció la posible estructura del DCFR compuesta por principios, definiciones y reglas modelo, a través de un sistema de artículos de un código. Las reglas modelo tenían por objeto servir de guía al legislador. Ricardo De Ángel Yagüez, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”, (*Boletín JADO, Bilbao: Academia Vasca de Derecho XIII*, 26, 2014), 10.

33 Una versión oficiosa de la obra se publicó en español en el 2011 y corresponde a la coordinación de Eduardo Valpuesta, (Coord.) (*Unificación del derecho patrimonial europeo, Marco Común de Referencia y Derecho Español*, Barcelona: Bosh, 2011).

34 El DCFR tiene entre sus objetivos ser utilizado por la doctrina jurídica, así como servir de fuente de inspiración a los proyectos de reforma de los códigos nacionales y a los tribunales para la solución de los casos. María del Pilar Perales Viscasillas, “Aplicación jurisprudencial de los principios de derecho contractual europeo”, (*En Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, ed. M. Díaz Romero y otros. Madrid: Civitas, 2008), 453-500.

califica Ricardo De Ángel Yagüez³⁵, debido a las profundas diferencias culturales entre los países de la Unión Europea, en especial, respecto a determinadas áreas del derecho, como el de familia o sucesiones. Se reconoce un valor especial a la obra no solo por la propuesta que contiene, sino por los comentarios y notas que dan cuenta de los fundamentos de cada artículo y de cómo se regula cada tema tratado en los artículos en los respectivos derechos nacionales europeos.

El proyecto normativo de que se trata, de carácter eminentemente académico, materializa, como también lo hacen otros proyectos de armonización europea, una tendencia o fenómeno que ya se podía observar en la producción normativa de los órganos de la Unión Europea de las últimas décadas, como es la aproximación que se ha venido produciendo de los sistemas jurídicos de *civil law* y del *common law*.³⁶

El libro VI del DCFR está referido a la responsabilidad extracontractual, lo que en el texto del documento europeo aparece bajo el título de *Non-contractual liability arising out of damage caused to another*. Esa terminología se debe, de acuerdo a los *Comentarios del proyecto europeo*, a una intención de evitar el uso de la palabra *torts* que es el término empleado en el *common law* para comprender todo supuesto de responsabilidad extracontractual, así como evitar el clásico *délit* del derecho francés.³⁷

Respecto a los criterios de imputación de responsabilidad, punto que atrae la especial atención en el presente y siguiente capítulo, el DCFR les dedica el capítulo tercero del proyecto, donde se parte de la regla general de la responsabilidad por dolo o por culpa, cuyos conceptos no coinciden con la doctrina tradicional, pues tienen la influencia de la *intention* y la *negligence* del *common law*. En relación a los PETL, proyecto europeo de armonización de los contratos y obligaciones que ocupa la atención preferencial en el desarrollo del tema, el DCFR propone una posición preferente por el criterio de imputación subjetivo con una

35 Ricardo De Ángel Yagüez trata sobre los diferentes proyectos europeos de unificación o modernización del derecho de obligaciones. Ricardo De Ángel Yagüez, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas* (Barcelona: Civitas, 2013), 14.

36 Sobre la caracterización de los sistemas jurídicos en el mundo se remite a la obra maestra Rene David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1973). Y sobre una confrontación entre el derecho continental europeo y los derechos del grupo anglo-americano ha tratado José Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental. Discurso de apertura de los tribunales* (Madrid: Reus, 1956).

37 De Ángel Yagüez, "Derecho de obligaciones".

consagración de distintos supuestos de responsabilidad “sin dolo o culpa”³⁸, expresión empleada en el documento europeo para aludir a la responsabilidad objetiva. En cambio, los PETL colocan el criterio subjetivo de imputación indiferentemente con el criterio de responsabilidad objetiva, el cual, más bien tiene una aspiración de convertirse en una regla general en este último documento, tal como se verá más adelante, al explicar, en primer lugar, el tratamiento que se da a la inversión de la carga de la prueba de la culpa y en segundo, a la responsabilidad objetiva por riesgo.

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL)

Los PETL, publicados en el 2005, se dividen en diez capítulos. Para cumplir con la misión establecida, el *European Group on Tort Law* (EGTL) no ha considerado las reglas que en su mayoría son compartidas por los países europeos, ni ha seleccionado las directivas existentes que son consideradas más adecuadas al contexto europeo. Contrariamente, el grupo ha tratado de identificar la solución que parece ser la “mejor” respecto a los problemas planteados por la institución, sin atribuir importancia a las soluciones que pueden tener en las jurisdicciones europeas. Un ejemplo de ello es el que los PETL se desvíen del principio general de la culpa y establezcan que el abandono de la culpa sea solo posible para las actividades “anormalmente peligrosas”, supuesto que ha sido considerado siguiendo el modelo del *Restatement (Second) of Torts* (parágrafo 520) y del *Restatement (Third) on Torts: Liability for Physical Harm* (parágrafo 20).³⁹

Sin embargo, respecto a la responsabilidad indirecta han seguido un camino ya marcado por la jurisprudencia europea. Así también lo han hecho respecto a las cualidades del “perjuicio” (modelo alemán).

En la óptica de los PETL, la responsabilidad civil sirve solo para restablecer la situación preexistente al hecho dañoso y para prever algún futuro daño eventual. Cualquier otro objetivo se encuentra fuera del campo operativo atribuido al

38 El DCFR comprende, bajo el subtítulo de *Responsabilidad sin dolo o culpa*, los supuestos de los daños causados por empleados y representantes, el daño causado por la situación de inseguridad en el inmueble, el daño causado por animales, el daño causado por productos defectuosos, el daño causado por vehículos de motor y los daños causados por sustancias y emisiones peligrosas.

39 Marta Infantino, “Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive”. (*Rivista critica di diritto privato* 4, 2010), 273-312.

instituto. La reparación se ha previsto, como regla general, que sea pecuniaria mientras que la reparación *in natura* procede cuando no sea muy onerosa para el demandado. Pero, al calcular la suma debida, el juez puede considerar incluso los “beneficios que la víctima haya podido tener del ilícito”, como se puede apreciar, en este último caso se trata de una fórmula indemnizatoria de raíz anglosajona que se encuentra actualmente plasmada en el tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos en el esquema indemnizatorio sugerido a los jueces para los casos de infracciones a las normas de propiedad intelectual.⁴⁰

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) y su contraste con el Marco Común de Referencia (DCFR)

La otra iniciativa para redactar un texto legislativo para el futuro derecho europeo de la responsabilidad civil (RC) es la dirigida por el *Study Group on a European Civil Code* (SGECC). El grupo de estudio fue fundado por Christian von Bar para elaborar unos principios y reglas que puedan servir de base para un futuro Código Civil europeo. Es en este orden de ideas que el grupo se ha encargado de redactar los *Principles of European Law* (PEL) y es siempre bajo este enfoque que se ha hecho cargo de elaborar, junto al Research Group on EC Private Law y con el apoyo de otros grupos de investigación, por cuenta de la Comisión Europea, el *Draft Common Frame of Reference*, es decir, un conjunto de reglas y principios que, en las intenciones de la Comisión, deberían constituir un instrumento para mejorar el *acquis communautaire* o una posible base de partida para la redacción, a cargo de los órganos comunitarios, de un texto opcional sobre el derecho europeo de los contratos.

La estrategia del *Study Group* es similar al del *European Group on Tort Law*, en el sentido de no inspirarse únicamente en las reflexiones provenientes de los derechos de los Estados de la Unión o de su mayoría, sino que se ha concentrado en la búsqueda de la “mejor” solución para Europa, juzgando irrelevante la falta de correspondencia de dicha solución con las prácticas mayormente compartidas, o incluso solo realizadas en las diversas jurisdicciones europeas.⁴¹

40 Olenka Woolcott y Germán Flórez, *Protección del derecho de autor* (Bogotá: Astrea-Universidad Católica de Colombia, 2015).

41 Infantino, “Verso un diritto europeo”, 278.

En cuanto a la regla fundamental de la responsabilidad civil, los PEL, de manera análoga a los PETL, se sustentan en la culpa (art. 1:101[1]). También se prevén formas de responsabilidad vicaria respecto al empleador por los hechos ilícitos de sus dependientes y a cargo de aquel que se encuentra llamado a supervisar las acciones de personas imputables o solo parcialmente imputables. A diferencia de los PETL y de muchas tradiciones jurídicas nacionales que siguen direcciones divergentes, la responsabilidad objetiva en los PEL —denominada aquí responsabilidad *without personal misconduct*—, se aplica en el caso de daños causados por el estado inseguro de un inmueble, por animales, por productos defectuosos, por automóviles y por sustancias y emisiones peligrosas.

En los PEL (como en los PETL) la única función reconocida a los mecanismos de la RC es la de colocar al demandante en las mismas condiciones en las que este se encontraba antes del hecho ilícito, no habiendo espacio alguno para otras posibles funciones de la RC.

La noción objetiva de culpa

Los PETL incorporan una noción objetiva de la culpa, con lo cual se resuelve el problema de tratar en los Principios la noción de “antijuridicidad” (arts. 4:101 y 4:102 PETL), pero no prescinde de elementos subjetivos propios de toda noción de culpa, al permitir como excepción que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (por ejemplo, la edad, la discapacidad física o psíquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del “estándar de conducta exigible”.⁴²

Puesto que no se da una definición de qué debe entenderse por “estándar de conducta exigible”, el art. 4:102 (1) PETL indica los elementos que deben tenerse en cuenta para determinarlo de acuerdo a las circunstancias: Naturaleza y valor del interés protegido de que se trate; la peligrosidad de la actividad; la previsibilidad del daño; la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos, que comporta una aplicación de los principios de buena fe y proporcionalidad, al entender que cuando un resultado puede alcanzarse de distintos modos,

42 Miquel Martín-Casals, “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, (*Revista Indret*, 2, 2005), 12.

el agente debe ser consciente de los peligros que su conducta puede comportar para terceros y escoger, en lo posible, la vía menos peligrosa para obtenerlo.⁴³

El art. 4:102 (2) PETL señala que dicho estándar puede atemperarse en función de la pertenencia del causante a un determinado grupo de individuos o debido a circunstancias extraordinarias. Parece darse una fusión de la culpa con la antijuridicidad, lo cual mantendría un predominio del concepto subjetivo de culpa.

Existen además unos preceptos dedicados a la inversión de la carga de la prueba, a los cuales se les dedica un examen puntual en el apartado “Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil” del presente capítulo, por trazar el tránsito hacia una responsabilidad objetiva.

Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales: La culpa y la responsabilidad objetiva

Los proyectos europeos de armonización en materia de responsabilidad civil constituyen la expresión de una aspiración de los sistemas jurídicos europeos en la búsqueda de la mejor solución para los casos de responsabilidad, ante la diversidad de posiciones que presentan dichos sistemas frente a un mismo problema indemnizatorio.

Si bien dichas contribuciones académicas no tienen fuerza de ley, no puede negarse el valor que tienen en tanto constituyen referentes de la orientación que va adoptando la responsabilidad en Europa, y su estudio es relevante para Latinoamérica si se parte de la consideración de que el derecho civil de los países latinoamericanos tiene sus raíces y consolidada influencia de los sistemas europeos.

Caracterización de los supuestos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva por riesgo en los PETL

Caracterización del supuesto de responsabilidad por culpa en los PETL

Para empezar, cabe señalar que los PETL han previsto el supuesto de responsabilidad por culpa en el capítulo 4, art. 4:101, en los términos siguientes:

.....
⁴³ Ibid., 12.

• Los criterios de imputación de la responsabilidad civil •

“Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

Enseguida, los PETL confirman una tendencia que se observa en la evolución de los sistemas jurídicos, en el sentido de contemplar una noción objetiva de culpa. Esta posición contrasta con una visión tradicional de la responsabilidad civil a la luz de la cual se entendió la culpa bajo un sentido subjetivo, es decir, como un reproche subjetivo de la conducta.⁴⁴

El art. 4:102 PETL se refiere al estándar de la conducta exigible y señala:

1) [...] es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y del valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos. 2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla. 3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta.

Se aprecia del texto PETL que, en efecto, se ha contemplado una noción objetiva de culpa que remite a un modelo de conducta, el del “hombre razonable” o *reasonable man* del *common law*, pero que no remite a un examen *in abstracto* de la conducta, sino que se encuentra condicionado por las circunstancias concretas y externas al sujeto a que se imputa responsabilidad. Sobre todo, es cuanto se desprende de la primera regla directriz que aparece en el primer apartado de la norma en referencia (4.102[2]).

En este sentido, se puede entender que la orientación adoptada en el documento europeo se inclina por tener en cuenta para la valoración de la conducta un examen concreto-abstracto o concepción “tornasolada” de la culpa⁴⁵, denominaciones que acuña la doctrina argentina.⁴⁶ Como se puede observar, la citada norma

44 Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975).

45 Jorge Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños T.I.”, (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1980).

46 Cf. Atilio Alterini, *Responsabilidad civil*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987); Alberto Bueres, *Derecho de daños* (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 346.

Menciona una serie de circunstancias que ha de tener en cuenta el juzgador para determinar la existencia de culpa o no en el sujeto imputado de responsabilidad.

El texto PETL enuncia una serie de elementos de juicio para ser tenidos en cuenta por el juzgador para determinar la existencia de una culpa. No se aprecia un carácter taxativo de la norma, por lo cual, el juez podrá considerar otras circunstancias que se encuentren alineadas a la objetividad de dichos elementos. Así, la norma deja atrás una noción de culpa cuyo contenido quedaba normalmente, como se desprende de los códigos civiles vigentes, librado a la determinación del juzgador y, con ello, a unas posibles tendencias subjetivas, unas veces, y otras, más objetivas, dependiendo de la perspectiva subjetiva del juez.

En cambio, el texto europeo ha optado por señalar expresamente algunas directrices claras sobre qué circunstancias deben ser consideradas en la valoración de la conducta del imputado. De ello se colige que cuanto más peligrosa sea la actividad involucrada, más importante el interés protegido, más experta la persona que realiza la conducta y más accesibles sean las medidas de seguridad a ser adoptadas para prevenir el daño, más fácil será determinar la culpa en el caso concreto.

Resulta interesante destacar que en la noción objetiva de culpa se toman en cuenta las circunstancias concretas pero externas al agente del daño, aunque no lo hace con el propósito de reducir la responsabilidad, sino para acentuarla. Esta posición recuerda aquella que postularon a su turno los hermanos Mazeaud y Tunc en su *Tratado* en la primera mitad del siglo XX en contraste con la posición subjetivista de la culpa de Josserrand, que veía en la culpa la expresión del “pecado jurídico”.⁴⁷

Los PETL acogen de esta manera un esquema de determinación de la culpa que subsume la antijuridicidad, lo que es propio del derecho francés. Una noción similar de la culpa es definida por Le Tourneau en los siguientes términos: “La culpa es un comportamiento ilícito que contraviene a una obligación, a un deber impuesto por la ley o por la costumbre”⁴⁸. Como se puede desprender de la definición, existe un elemento material que consiste en el comportamiento propiamente

47 Henry Mazeaud, Leon Mazeaud, y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, vol. I-1 (Buenos Aires: Ediar, 1962), 75.

48 Philippe Le Tourneau, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)” (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987) 503-530.

dicho y un elemento jurídico que consiste en la ilicitud, es decir, en contravenir con el comportamiento el ordenamiento jurídico, lo cual remite precisamente a una noción de antijuridicidad, la cual, para el derecho francés, no está separada de la propia noción de la culpa, sino más bien, la contiene.

El segundo apartado de la norma, (4.102[2]), se refiere a unas circunstancias personales del autor del hecho, las cuales son contempladas a los fines de desaplicar el parámetro de la noción objetiva de la culpa. Se podría afirmar que, para los casos contemplados por la norma en referencia, se retorna a una especie de culpa subjetiva. La consecuencia de considerar dichas circunstancias personales para la valoración de la conducta del agente del daño será la exoneración de responsabilidad. Como se observa, se trata de una excepción a la aplicación de la regla general, la noción objetiva de la culpa, para la valoración de la conducta y eventual exclusión de responsabilidad por ausencia del criterio de imputación de responsabilidad.⁴⁹

La excepción a la regla se vincula además con otro elemento de la responsabilidad: la imputabilidad; es decir, aquella capacidad o aptitud psíquica de entender y valorar las consecuencias del propio acto, considerada necesaria para entender que el hecho dañoso es consecuencia de una acción libre del autor.⁵⁰ En efecto, la condición de ser menor de edad u otras circunstancias que impidan la capacidad de entender y querer las consecuencias del acto causante del daño, como la edad avanzada o las deficiencias psíquicas, son elementos que sirven para determinar si existe o no imputabilidad en el sujeto y constituyen un presupuesto para poder incurrir en culpa. De allí que la mención en el citado apartado segundo de la propuesta europea, referido a las circunstancias personales del agente del daño, coincidan con la imputabilidad del sujeto que puede ser determinada por el juzgador en el caso concreto, de acuerdo a una valoración pericial.

La solución que adoptan los PETL permite unir dos nociones que estaban separadas y que, bajo una noción objetiva de la culpa, esta podía quedar configurada, pero no podía ser imputada al sujeto que era inimputable. Es decir, la noción de culpa y la noción de imputabilidad respondían a elementos de juicio diferentes. Lo que hace la norma de excepción de los PETL es incluir la imputabilidad en la culpa, de lo cual se deriva que ante la presencia de las mencionadas

49 Pierre Widmer, "Unification of Tort Law: Fault". (Londres, Nueva York: Kluwer: La Haya, 2005).

50 Cf. Giovanna Visintini, "Imputabilità e danno cagionato dall'incapace", (*La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* I, 1986): 110-25; Luigi Corsaro, *L'imputazione del fatto illecito* (Milán: Giuffrè, 1969).

circunstancias personales que atañen a la capacidad de entender el acto que se realiza, no pueda configurarse la culpa.

Caracterización del supuesto de responsabilidad por riesgo en los PETL

Como se podrá apreciar del examen que se realiza en el apartado “Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil”, referido a la inversión de la carga de la prueba de la culpa, los PETL han propuesto un texto abierto y flexible en cuanto que permiten colegir que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva no son dos compartimientos absolutos y excluyentes entre sí, sino más bien progresivos o graduales. Se trata de un reconocimiento a la evolución que ha tenido la responsabilidad civil, no solo en Europa, sino en el resto del mundo, tanto desde la perspectiva del *civil law* como de la perspectiva del *common law*. El carácter voluble de la responsabilidad civil ha sido profusamente ilustrado por la evolución del supuesto de la responsabilidad civil del productor por daños derivados de productos defectuosos, el que se convierte en el caso más emblemático de la variabilidad de las soluciones adoptadas por los sistemas jurídicos a lo largo del siglo XX.⁵¹

En efecto, lo que se puede observar en el panorama de la aplicación del régimen de responsabilidad por culpa en diversos sistemas jurídicos, es que unas veces se encuentran soluciones jurisprudenciales que apuntan a ser más subjetivas que otras orientadas hacia la responsabilidad objetiva. De allí que se pueda afirmar una diferencia de grado entre las soluciones más subjetivas y otras más objetivas, lo que se conoce en la doctrina estadounidense como la *absolute liability* (responsabilidad absoluta), la misma que fue sonada sobre todo en los inicios de la aplicación del *Second Restatement of Torts* de 1965 en los Estados Unidos, a propósito de los casos de la responsabilidad del productor.⁵²

El art. 5:101 PETL se refiere de manera específica a la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas en los términos siguientes:

51 Cf. David Owen, *Products Liability Law*, 3.^a (Minnesota: West Academic, 2015); James Henderson y Theodore Eisenberg, “The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change”, (*University of California LA Law Review* 37, 1990).

52 Cf. James Henderson y Aaron Twerski, “Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect”, (*New York University Law Review* 66, 1991).

Actividades anormalmente peligrosas

1. La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
2. Una actividad es anormalmente peligrosa si:
 - a. crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo cuidado debido en su ejercicio y
 - b. no es una actividad que sea objeto de uso común.
3. El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.
4. Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convencional internacional.

En efecto, aquel que desarrolla una actividad anormalmente peligrosa, de acuerdo a las características señaladas en la norma precedente, incurre en responsabilidad objetiva.⁵³

Por su parte, el art. 5:102 se refiere a otros supuestos de responsabilidad objetiva en los términos siguientes:

Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.

A menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño.

Como se puede observar, los PETL contemplan un régimen de responsabilidad objetiva cuyo criterio de imputación de responsabilidad es la realización de una actividad anormalmente peligrosa; sin embargo, reconocen la existencia de otros supuestos de responsabilidad objetiva cuando se encuentren previstos en leyes nacionales, aún cuando no tengan como criterio de imputación el de las actividades anormalmente peligrosas. Además, reconocen la posibilidad de que

53 Cf. Pierre Widmer, "La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les projets européens" (www.gerca.univ-rennes1.fr, 2009), 131.

por analogía se puedan determinar supuestos de responsabilidad objetiva por el riesgo parecido de daño, salvo que lo prohíba la ley nacional.

De esta manera, los PETL rompen el esquema tradicional de la división entre las teorías de la culpa y del riesgo en el sentido de pretender una demarcación nítida entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. La práctica jurisprudencial, nunca el régimen normativo, demostró que dicha demarcación no era factible en una serie de supuestos que se concretaban en la realidad, tal como ha ocurrido en el contexto del derecho latinoamericano, conforme se verá en el capítulo siguiente.

Esta vez, son los PETL los que proponen un texto normativo diferente a los esquemas tradicionales de la responsabilidad civil y destacan por la flexibilidad en la determinación de los casos que pueden caer bajo su órbita, donde el juez tiene un campo sumamente amplio para determinar su aplicación, a través incluso, del recurso a la analogía y además, reconociendo la posibilidad de que las leyes nacionales determinen otros supuestos de responsabilidad objetiva distintos al criterio de imputación de la “anormal peligrosidad” que contiene la norma en referencia.

La influencia de los Restatements of Torts del derecho estadounidense

No resulta extraña la redacción de los PETL en cuanto a la configuración del supuesto de responsabilidad objetiva, si se tiene en cuenta que un texto similar conteniendo como criterio de imputación a la “actividad anormalmente peligrosa” ya se encontraba en el art. 519 del *Restatement of Torts (Second)*, que a la letra prescribe:

1. One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm.
2. This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous.

Desde el texto del *Restatement Second* se podía desprender que la noción de “actividad anormalmente peligrosa” estaba destinada a la aplicación de la responsabilidad objetiva. Posteriormente, la fórmula es recibida por el *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm* § 20. A la luz de estos antecedentes del derecho estadounidense, se puede observar que los PETL han acogido la mencionada noción para convertirla en la base de la regla general de la responsabilidad

objetiva y representar, en consecuencia, un referente para las especificidades de su aplicación. En efecto, existe una clara influencia sobre los PETL, por parte de los documentos estadounidenses, emanados del *American Law Institute*⁵⁴ en materia de *torts*, lo que se advierte no solo de la redacción del texto, sino de la propia fundamentación y de las explicaciones que ofrecen los juristas que han intervenido en la elaboración de la propuesta europea.

En esta perspectiva se encuentra, por ejemplo, Bernard Koch, quien explica el mencionado 5:101 PETL teniendo como referencia los comentarios contenidos en el *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm*, parágrafo 20⁵⁵, el cual, precisamente, se refiere a este mismo supuesto de responsabilidad objetiva. El autor señala que en el citado parágrafo se puede encontrar una especie de fundamento para la existencia de la responsabilidad objetiva, consistente en que “cuanto más común es la actividad, más probable es que los beneficios de la misma se distribuyan ampliamente en la comunidad” y concluye precisando que “el atractivo de la responsabilidad objetiva es más poderoso cuando los riesgos se imponen a los terceros y los beneficios, por el contrario, se concentran en pocas manos”.⁵⁶

Cabe destacar que la salvedad que contienen los PETL en el art. 5:102(1), en cuanto a las actividades riesgosas que no llegan a ser consideradas como “anormalmente peligrosas”, permite a los estados de la Unión Europea mantener o crear leyes especiales que consagren la responsabilidad objetiva para un sector determinado de las actividades, tal como es el caso de los accidentes de tránsito, para el cual existe la tendencia a establecer un régimen especial de responsabilidad por riesgo. Además, el texto europeo deja abierta la posibilidad a los jueces de

54 El American Law Institute (ALI) es una organización académica fundada en 1923 en los Estados Unidos para dar respuesta a las preocupaciones sobre la complejidad e incertidumbre propias del *American Common Law*. Está formado por ilustres abogados, jueces y académicos, y tiene por misión promover la claridad y simplificar el derecho para su mejor aplicación de acuerdo a las necesidades de la sociedad, con el fin asegurar una mejor administración de la justicia, promover y desarrollar el trabajo académico y científico en el campo del derecho. American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (Philadelphia: ALI, 2009).

55 El *Restatement (Third) of Torts* §20: *Abnormally Dangerous Activities* prescribe lo siguiente: (a) *An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.* (b) *An activity is abnormally dangerous if: (1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and (2) the activity is not one of common usage.*

56 Bernhard Koch, “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la ‘Responsabilidad objetiva’”, (*Working paper n.º* 129, 2003. Consultado octubre 17, 2017), 151. www.indret.com.

recurrir a la analogía para extender la aplicación del régimen de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas a otras similares a criterio del juzgador.

Una opción entre el civil law y el common law o entre una cláusula general y varios supuestos de responsabilidad objetiva

Se trata de una opción del grupo europeo que elaboró los PETL, considerando que los ordenamientos europeos tienen en su mayoría una regulación de responsabilidad objetiva para específicas actividades riesgosas.⁵⁷

El grupo europeo ha consagrado una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas y, sucesivamente, ha previsto una serie de supuestos específicos de responsabilidad objetiva, distintos a los que puede abarcar la cláusula general. Se trata de una solución que ya se encontraba en el anteproyecto suizo de revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil⁵⁸, el cual constituye el antecedente europeo más cercano a la propuesta, la cual, a su vez, recibe la influencia del *Restatement Third of Torts*.⁵⁹

Requisitos para la aplicación de la cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades “anormalmente peligrosas”

De acuerdo con la norma PETL 5:101, se puede definir la actividad anormalmente peligrosa como aquella que crea un riesgo previsible y muy considerable de daño y que el riesgo no pueda ser eliminado con una conducta diligente, sea del causante del daño como de cualquier sujeto que participa en la actividad, incluso las víctimas potenciales. El riesgo puede ser muy considerable de acuerdo a una elevada probabilidad de que se produzca un daño no grave o por la circunstancia de que se trate de un daño extremadamente grave, aunque con escasa probabilidad de producirse.⁶⁰

57 Ibid.

58 Pierre Widmer y Pierre Wessner, “Revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil, anteproyecto de la Ley Federal suiza”, (*Revista de responsabilidad civil y seguros* 2, 2001).

59 American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (Philadelphia: ALI, 2009).

60 Miquel Martín Casals, “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”. (Presentación en el 2.º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil

Por último, la norma del art. 5:101 PETL precisa que el supuesto de responsabilidad por un riesgo anormal no debe ser objeto de uso común. Es decir, que una actividad como la conducción de vehículos, la cual es de uso generalizado en la comunidad, no ingresa en el campo de aplicación del presente criterio de imputación, como es la actividad anormalmente peligrosa. Existen otras actividades peligrosas que, aunque sean practicadas por un sector de la población, dan lugar a que un gran número de ella se involucre con la actividad a pesar de que no lleguen a practicarlas, tal como es el caso del suministro de gas o electricidad.⁶¹

Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil: Un proceso que delata la movilidad de los supuestos de responsabilidad entre la culpa y la responsabilidad objetiva

El impacto que tuvieron las nuevas teorías de la responsabilidad civil en el sentido de reducir el campo de aplicación de la culpa, como consecuencia de las nuevas circunstancias económicas y sociales que surgían a partir de los desarrollos tecnológicos y científicos, se hizo notar progresivamente en las decisiones de la jurisprudencia, aún cuando estas se emitían bajo el manto de los códigos civiles tradicionales, cuyos legisladores no habían pensado en una imputación de responsabilidad objetiva.

La manera como se han manifestado desde un inicio las corrientes objetivas de la responsabilidad ha sido fundamentalmente en dos sentidos:

Por un lado, la objetivación de la propia noción de culpa, al extremo de elevar el parámetro de comparación a uno difícil de alcanzar por el causante del daño a los fines de evitar el daño. En esta línea, se encuentra lo que la doctrina francesa ha denominado “culpa objetiva” (*faute objective*) y que ha permitido al derecho francés establecer la responsabilidad del menor o incapaz por culpa, de acuerdo a cuanto dispone la Ley francesa n.º 68-5 del 3 de enero de 1968.⁶²

y Seguro. Granada, 14, 15 y 16 de noviembre de 2002. Consultado agosto 17, 2017. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>).

61 Ibid.

62 Dicho precepto dice lo siguiente: “*Celui qui cause un dommage à autrui alors qu’il était sous l’empire d’un trouble mental n’en est pas moins obligé à réparation*”. La traducción del texto sería la siguiente: “*el que cause un daño a otro, aunque sea bajo la influencia de un trastorno mental, no está por ello menos obligado a repararlo*”.

Sin embargo, cabe advertir que no debe confundirse esta categoría conceptual de la culpa que aparece en el derecho francés y que más bien despierta amplia discusión en la propia doctrina francesa⁶³, con la culpa entendida como criterio de imputación subjetivo, el cual, como todos los demás criterios de imputación de la responsabilidad, ha sufrido un proceso de adaptación a los nuevos tiempos y, consecuentemente, ha experimentado un proceso de objetivación a través de la valoración de la conducta objeto de imputación, sin que este proceso de evolución de carácter jurisprudencial haya abolido la responsabilidad subjetiva. En otros términos, la noción objetiva de culpa no se ubica en el terreno de la responsabilidad objetiva, pues como se ha podido apreciar en precedencia, se trata de una evolución de la concepción de la culpa en su valoración para los fines de la imputación de la responsabilidad subjetiva y en este sentido, se sustenta en la valoración de la conducta del sujeto causante del daño y como tal, se mantiene en el campo de la responsabilidad por hecho propio.

Por otro lado, las presunciones de culpa operadas por la jurisprudencia han representado un camino para los jueces a fin de poder flexibilizar la carga de la prueba de la víctima de daños, quienes atados al principio de la responsabilidad por culpa y la carga de su prueba, pudieron encontrar en el recurso a las presunciones una vía para poder imponer la responsabilidad y así beneficiar a las víctimas. A continuación, se puede apreciar que esta vía de objetivación de la responsabilidad, tiene acogida en la propuesta europea de armonización.

El Código Napoleónico no se pronunció sobre el particular, lo cual entraba en contraste con la minuciosa regulación de los negocios jurídicos celebrados por personas incapaces. Sin embargo, en 1938 existió un proyecto de ley denominado Proyecto Strauss de 30 de junio de 1938, por el cual se reformaba la legislación psiquiátrica, y en el que se regulaba la responsabilidad civil de los enfermos mentales. Dicho proyecto, que no se aprobó, disponía en el artículo 54: "*Les aliénés encourent la responsabilité civile édictée par les articles 1382 et suivants du code civil pour les actes commis par eux en dehors de l'établissement d'internement*". Todas estas referencias son reportadas por el jurista italiano Angelo Venchiarutti, "La Responsabilità Civile Degli Infermi Di Mente in Francia", (*Rivista Critica Di Diritto Privato*, 1986, 494, notas 5 y 7).

63 El criterio que incorpora la ley francesa de 1968 no fue acogido pacíficamente por la doctrina de ese país. Así, resultó contrastar con la posición dominante en Francia que se oponía a la responsabilidad de las personas incapaces. En esta línea de oposición se encuentra al jurista, Robert Joseph Pothier, *Traité Des Obligations I*, (París: Bernardi, 1805). En sentido contrario, los autores de la reforma consideraron que la regla de la responsabilidad civil del enfermo mental tendría una función preventiva-terapéutica ya que este sujeto sería sensible a la posibilidad de pérdidas económicas importantes. MK. Gomaa, "La Réparation Du Préjudice Causé Par Les Malades Mentaux", (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971), 49.

La inversión de la carga de la prueba de la culpa en general en los PETL: Una revisión comparada con el DCFR

Del propio marco de la propuesta de los PETL se desprende en principio que cada parte debe probar lo que alega y, en este sentido, ante la existencia de un supuesto de responsabilidad por culpa, quien invoca la existencia de una conducta culposa, debe probarla. Sin embargo, se encuentra en el art. 4:201 una previsión que autoriza al juzgador a invertir la carga de la prueba de la culpa cuando se está ante una actividad que comporta un peligro grave⁶⁴, cuya gravedad se determinará de acuerdo a la gravedad del daño o a la probabilidad de su ocurrencia.⁶⁵ Así se prevé el siguiente texto: “Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general: 1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta. 2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse, así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente”.⁶⁶

La referida presunción de culpa es de alcance general⁶⁷ para los casos en los que el daño se deriva de una actividad que tiene una potencialidad dañosa de determinado grado de gravedad, que es la contenida en el texto de los PETL; en cambio, no se contempla en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), el otro importante documento europeo de armonización en materia de derecho de daños, con lo cual se puede notar una diferencia en la concepción del tema al interior de los grupos de estudio que generan dichos documentos.

El carácter general que impregna la fórmula de la mentada presunción de culpa determina que difiera de las presunciones especiales que contemplan los PETL, con relación a la responsabilidad de la empresa y respecto a la responsabilidad por hecho ajeno⁶⁸, supuestos que, aunque no son objeto del presente

64 El texto del art. 4:201(1) reza así: “Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta”.

65 El texto del art. 4:201(2) reza así: “La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse, así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente”.

66 La traducción del texto citado corresponde al jurista catalán Martín Casals en Miquel Martín-Casals, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008).

67 Rodrigo Barría, “La presunción de culpa por el hecho propio en el derecho europeo”, (*Revista Ius et Praxi* 2, 20, 2014), 291.

68 La presunción especial para la responsabilidad de empresa está contenida en el artículo 4:202 y la correspondiente a la responsabilidad por el hecho de terceras personas se contemplan en los artículos 6:101 y 6:102 de los PETL.

estudio, que está más bien enfocado en la responsabilidad por hecho personal o hecho propio, vale la pena mencionar por cuanto contienen también una específica presunción de culpa.

En efecto, a la propuesta europea no le bastó establecer y afirmar las características o condiciones de una noción objetiva de culpa para los fines de la imputación de la responsabilidad, sino que además incorporó una norma general de inversión de la carga de la prueba de la culpa que favorece a la víctima del daño en su tarea probatoria. Se trata de una orientación que no es ajena al derecho comparado, si se tienen en cuenta las tendencias jurisprudenciales y legislativas en algunos casos, como se evidencia, por ejemplo, en el desarrollo que ha tenido la experiencia peruana en la aplicación del supuesto de responsabilidad subjetiva, tal como se aborda en el siguiente capítulo.

En cambio, la propuesta del DCFR optó por contemplar una presunción de culpa para hipótesis especiales de responsabilidad⁶⁹ en lugar de tenerla como una regla general para los casos referidos a una actividad con potencialidad de peligro de daño que es la que se prevé en los PETL. En ese sentido, mantuvo la línea de una regla general de responsabilidad por culpa del derecho europeo continental y estableció como norma básica la imputación por culpa en el libro VI, art. 1:101(1), bajo los términos siguientes: “Una persona que sufre un daño antijurídico relevante tiene derecho a la reparación de la persona que causó el daño intencionalmente o negligentemente [...]”⁷⁰ para lo cual, se deben tener en cuenta las definiciones del dolo y la culpa que se contemplan en los artículos 3:101 y 3:102 respectivamente. De esa manera, el DCFR dispuso la responsabilidad objetiva a través de unos supuestos especiales previstos para el caso de los daños causados por los empleados y representantes (art. 3:201), el estado inseguro de un inmueble (art. 3:202), por los animales (art. 3:203), por productos defectuosos (art. 3:204), por vehículos motorizados (art. 3:205), por sustancias peligrosas o emisiones (art. 3:206) entre otros.

El DCFR no optó por una regla general de inversión de la carga de la prueba de la culpa, sin embargo, se advierte en la parte final de la regulación del supuesto

69 Fernando Pantaleón, “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View from Outside”, (*Indret* 299, 2005, www.indret.com/es/index.php. Consultado agosto 13, 2017), 6.

70 Christian von Bar, Eric Clive y Shulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. (München: Sellier, 2009).

de responsabilidad por daños derivados de sustancias peligrosas o emisiones que se permite al demandado liberarse de responsabilidad probando que cumplió con todas las reglas de control de la sustancia o de manejo de las instalaciones, lo que conduce a inferir la existencia de una presunción de culpa, prevista junto a los supuestos de responsabilidad objetiva. Cabe anotar que los coordinadores de la propuesta le atribuyen a dicho supuesto de responsabilidad una naturaleza objetiva, no obstante la presunción de culpa que contiene⁷¹, posición que confirma la tesis que se viene sosteniendo en el sentido de la existencia de unos matices o de una graduación que puede presentar la responsabilidad objetiva, lo que se acentúa con la valoración que normalmente lleva a cabo en estos casos la jurisprudencia al no permitir en buena parte de los casos de actividades o uso de bienes riesgosos o peligrosos la exoneración de la responsabilidad del causante del daño a pesar de la prueba de la diligencia o de los cuidados debidos. Parece un contrasentido lo señalado en la parte final de la afirmación; sin embargo, se puede notar que la posición de los coordinadores del DCFR confirma esta que se puede, en este punto del trabajo, denominar “la movilidad de las arenas del terreno de la responsabilidad objetiva”, ya que en unos casos se presenta con características más cercanas a una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y en otros, con caracteres de una responsabilidad más estricta o absoluta.

En todo caso, la mencionada regla del art. 3:206 DCFR, no permite inferir que la propuesta europea contenga una presunción de culpa de alcance amplio y general como en cambio sí es contemplada en los PETL. Como se puede apreciar, se trata de dos enfoques que contrastan en cuanto al recurso a las presunciones de culpa o inversión de la carga de la prueba, en un caso, en los PETL, como regla general y en el otro como supuesto especial de responsabilidad para los casos de sustancias peligrosas y emisiones. Sin embargo, hay que destacar que tanto en los PETL como en el DCFR, aunque de manera diversa, se llega al mismo convencimiento de que existe un terreno intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva que se construye con las presunciones de culpa o con una valoración muy rigurosa de la prueba liberatoria de la ausencia de culpa para los fines de admitir o no la liberación de responsabilidad cuando se mantiene en pie la culpa en la discusión de la imputación de la responsabilidad, tal como

71 Ibid., 3400.

sucede en este último caso correspondiente al DCFR, donde incluso los propios coordinadores del documento europeo llegan a ubicar sistemáticamente el art. 3:206 como un supuesto más de los especiales de responsabilidad objetiva.

Condiciones de aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los PETL y la complejidad para su implementación

Las presunciones de culpa no hacen sino confirmar un esquema flexible de imputación por culpa, con una clara orientación objetiva. Esta línea de tendencia se plasma en el texto de los PETL, pero con una precisión para su campo de aplicación. En este sentido, la presunción de culpa no aplica a todos los casos de responsabilidad por hecho personal, sino para aquellos que según el art. 4:201 se encuentren delimitados por la noción de la “gravedad del peligro” que represente el acto o actividad que genera el daño. En otros términos, la norma precisa que el fundamento o soporte de la inversión de la carga de la prueba de la culpa radica en la mentada “gravedad del peligro”, noción que se convierte en el criterio con el cual la norma torna más severa la responsabilidad por culpa, lo que a su vez daría lugar, si se quiere, a una responsabilidad subjetiva reforzada, pero que no alcanza a configurar un supuesto de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas bajo el esquema previsto en el art. 5:101 de dicho texto, tal como se examinó en el apartado “Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales”, de este capítulo.

De este modo, la referida inversión de la carga de la prueba de la culpa abre las puertas a un considerable margen de interpretación en la aplicación del supuesto que puede resultar ser muy amplio y que tiene como extremos, de un lado, la responsabilidad por culpa probada y del otro, la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, la cual se consagra en los PETL como la responsabilidad objetiva propiamente dicha. Esta percepción que se tiene de la propuesta europea resulta confirmarse por el propio grupo de trabajo redactor de los PETL al manifestar que, con la presunción de culpa se apunta a tender un puente entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, vale decir, una situación intermedia entre ambos extremos clásicos.⁷²

72 Cf. Widmer, “La responsabilité pour choses”, 133; Carval, “Notion et rôle de la faute”, 5.

Como se desprende de la citada norma, el criterio base para dar lugar a una inversión de la carga de la prueba de la culpa, es decir, de “la gravedad del peligro”, no alcanza a configurar las dimensiones del peligro anormal que, en cambio, se encuentra contemplado como criterio de imputación de la responsabilidad objetiva en el antes mencionado art. 5:101 y, por ende, no tiene la entidad suficiente para desencadenar una responsabilidad objetiva. De esta manera, la noción de “peligro” está presente tanto a los fines de una aplicación de la inversión de la carga de la prueba de la culpa como de la responsabilidad objetiva, con una diferencia de grado o intensidad, lo cual permite inferir que entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva existen claroscuros que delatan un proceso de objetivación gradual y continuo de la responsabilidad, de acuerdo al grado del peligro de la actividad.⁷³ En este sentido, se puede apreciar que los PETL plasman una situación que se venía gestando en el plano jurisprudencial europeo, al reconocer un espacio de la responsabilidad que no corresponde a la clásica o pura responsabilidad por culpa ni a la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas (art. 5: 101). La pregunta que surge a este respecto es si se asiste a un tercer género de la responsabilidad civil, un campo que se encuentra a mitad de camino respecto a la responsabilidad objetiva tal como la contemplan los PETL, al que un sector de la doctrina italiana se ha referido como una *responsabilidad semiobjetiva*.⁷⁴

Indudablemente, la determinación de este espacio de la responsabilidad civil abre una brecha considerable a la interpretación del juez para establecer la existencia de “la gravedad del peligro” a que se refiere la norma del art. 4:201, donde a su vez, se alude a “la gravedad del daño” y a la “probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente” como elementos de juicio para que se pueda configurar la noción de “gravedad del peligro”.

Citando a Widmer, Martín Casals considera que el concepto de peligro a que alude la citada norma, ha de consistir en uno de intensidad intermedia entre el peligro normal inherente a cualquier actividad humana y el peligro “anormal” al cual le es aplicable la responsabilidad objetiva conforme a los PETL.⁷⁵ De lo

73 Widmer, “La responsabilité pour choses”, 5.

74 Francesco Busnelli, “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno tra contratto e fatto illecito’: la responsabilità da informazioni inesatte”, (*Contratto e impresa*, 2, 1991).

75 Martín-Casals, “Principios de derecho europeo”, 104.

señalado se puede colegir que el planteamiento de la propuesta europea conduce a generar unas interpretaciones más subjetivas y otras más objetivas en la determinación de la “gravedad del peligro” contenido en la norma, pero de lo que no cabe duda es que dicho peligro debe existir realmente y no ser presunto a los fines de su aplicación.

Se puede observar que en la propuesta europea existe un énfasis en la noción de “riesgo” en desmedro de la noción tradicional de la culpa, lo que se ve acentuado con la norma que contempla el supuesto de la responsabilidad objetiva por “actividad anormalmente peligrosa” del art. 5:101 de los PETL, tal como se examinó en el apartado “Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales”. En efecto, subyace en la propuesta europea el reconocimiento de que en la sociedad existen riesgos de diverso grado, que todo acto humano comporta en sí mismo un riesgo, el cual, unas veces puede ser normal y otras veces anormal o extraordinario porque escapa a los límites de la normalidad. En este enfoque, que parte del reconocimiento de que los individuos están inmersos en una sociedad de riesgos⁷⁶, la propuesta europea se traduce en una normativa que intenta aligerar el rigor del principio tradicional del “*pas de responsabilité sans faute*”, aplicable a los casos de responsabilidad por hecho propio, abriendo paso a un campo de aplicación de la inversión de la carga de la prueba de la culpa mucho más flexible y manejable por los jueces, con relación a aquellos riesgos de considerable gravedad, pero sin configurar la anormalidad de la responsabilidad objetiva en los términos del documento europeo.

Con todo, la propuesta europea no ha dejado de suscitar críticas que van referidas a las dificultades para materializar la distinción entre una “actividad peligrosa” y una “actividad anormalmente peligrosa”⁷⁷, así como respecto a los elementos de juicio que aporta la propuesta normativa para establecer la existencia del “peligro” a los fines de una consiguiente aplicación de la inversión de la carga de la prueba (gravedad del daño y probabilidad de que se verifique). Como se manifestaba en el párrafo anterior, la discrecionalidad del juez en la determinación de la existencia de una u otra noción de riesgo puede conducir a que unas veces el caso concreto sea ubicado en uno u otro supuesto de responsabilidad, la inversión

76 Ulrich Beck, *La sociología del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998).

77 Carval, “*Notion et rôle de la faute*”, 6.

de la carga de la prueba de la culpa o la responsabilidad objetiva, determinación que dependerá de la valoración judicial en cada caso concreto.

Como refuerzo a las críticas, se ha argumentado, entre otras, que la inversión de la carga de la prueba de la culpa debe responder al grado de control o al más fácil acceso que el demandado tenga de los medios de prueba o de su capacidad para clarificar lo que realmente ocurrió y no estar en función a una ambigua diferencia de grado entre dos tipos de riesgos que propone el texto europeo, lo que podría generar incertidumbre jurídica en desmedro de las posibilidades probatorias de la víctima del daño. Por ende, surge la crítica general que se conoce en el campo de la responsabilidad civil respecto a unos mecanismos probatorios como la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de destacar que, si bien persisten en mantener la vigencia de la culpa como criterio de imputación, al mismo tiempo, pueden tener como consecuencia la objetivación de la responsabilidad por la vía de la interpretación jurisprudencial.⁷⁸

78 Cfr. Fernando Pantaleón, "Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View from Outside.", *Indret* N° 299, 2005, www.indret.com/es/index.php.